



Rodrigo Freitas: Uniformização da jurisprudência também traz riscos para a aplicação do Direito

O incidente, que se encontra no capítulo VII do Anteprojeto^[1], se afigura como procedimento disponível a resolver, de forma uniforme, questão jurídica que possa gerar considerável multiplicação de demandas de modo a eliminar a insegurança jurídica que poderia advir de eventuais decisões conflitantes. Tendo como objeto de cognição questão de direito comum, o incidente teria a natureza de “precedente” vinculante com projeção *erga omnes* da tese jurídica geral alcançada no seu processo nuclear (paradigma). Seu requisito principal (e genérico), portanto, é a identificação, por parte do tribunal, da potencialidade de determinada questão de direito se manifestar em diversos outros processos semelhantes, questão essa que, quando decidida, deverá ser aplicada automaticamente a todos eles.

O seu objetivo principal, assim, é do que uniformizar teses jurídicas que viabilizem a solução de diversas demandas automaticamente. Segundo prescreve o art. 930 do projeto, ele terá lugar quando houver controvérsia com *potencial* de gerar multiplicação de processos decorrente da mesma questão de direito. Prescreve o dispositivo que um dos fundamentos seria trazer maior segurança jurídica ao sistema como um todo, já que teria o condão de, em tese, diminuir a incidência de decisões conflitantes. Nesse sentido, a comissão de juristas menciona a necessidade de preservação do princípio da isonomia constitucional^[2], com intuito de entregar ao jurisdicionado a certeza de que o seu direito pleiteado em juízo teria um grau de previsão aceitável, sobretudo em relação a outros processos semelhantes.

O pedido do incidente deverá ser feito diretamente ao presidente do tribunal, pelo juiz ou relator, estes *ex officio*, ou pelas partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, nestes casos, por meio de petição que deverá vir acompanhada *dos documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente*. Importante frisar, que o juízo de admissibilidade para o uso do processo como paradigma (§ 1º do art. 933) será realizado por meio de mera conveniência na adoção do processo para tanto. Sem prejuízo das inúmeras críticas que podem ser direcionadas ao procedimento como um todo, nesse aspecto andou muito mal a comissão. Se o projeto for aprovado, essa ferramenta terá uma relevância ímpar na nova conjectura que se pretende conferir a temática processual, especialmente porque o tribunal estará diante de uma decisão que poderá afetar milhares de outros processos. Tal responsabilidade não pode decorrer de mera conveniência, como reforça o dispositivo. Essa cláusula não poderia ser configurada de forma aberta, devendo requerer elementos mais objetivos para estruturar a decisão.

Segundo o art. 934, admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a mesma questão de direito. Segue o art. 938 dizendo que a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito, que integrem a área de jurisdição do tribunal que julgou o processo paradigma. O parágrafo único traz a possibilidade, ainda, de que a tese alcançada no processo também seja estendida em nível nacional, caso haja recurso ao STJ ou STF. Esse também se mostra como sendo um ponto sensível do projeto, já que partir desse pressuposto é o mesmo que considerar que problemas de estados com culturas diametralmente opostas tenham fundamentações fáticas que ensejem a mesma solução jurídica.



Nota-se, ainda em relação a aplicação da tese jurídica à outros processos, que o art. 938 menciona que a decisão se estenderá *a todos os processos que versem idêntica questão de direito*. Não fica claro, com base no dispositivo, se estarão respaldados pela aplicação apenas aqueles processos que se encontrarem em curso no momento do julgamento do processo paradigma, ou se serão atingidos, também, os processos futuros. Pela eficácia quantitativa que serve como pano de fundo à formação do incidente, é de supor que todos os processos (presentes e futuros) demandem a aplicação da tese jurídica alcançada no incidente. Além disso, Eventuais recursos aos Tribunais Superiores independarão de juízo de admissibilidade e a repercussão geral se dará de forma presumida (art. 940).

Se a tese jurídica não for aplicada, caberá reclamação ao tribunal competente (art. 941). Não existem opções disponíveis para possibilitar que a tese do incidente deixe de ser aplicada no caso concreto. Essa questão pode, por si, gerar algumas dissonâncias bastante profundas. Se a parte de um determinado processo entender que o seu caso específico possui diferenças substanciais em relação àquele que gerou a tese jurídica, ela parece estar completamente desamparada em relação ao resguardo dos seus direitos. E essa questão, sem dúvida, será potencializada pelo fato de que, possivelmente, a transposição da tese aos outros processos será instrumentalizada por uma análise superficial da ementa do processo paradigma. Ou seja, se a decisão do incidente chegar à conclusão de que o direito aplicável ao caso X é a tese Y, tão logo se identifique que os processos suspensos (ou futuros) versem sobre a questão Y, a questão jurídica [\[3\]](#) deles estará superada. Reforça-se, com isso, que os mecanismos de aplicação se valerão de métodos subsuntivos [\[4\]](#).

Outro ponto que integra a discussão em torno do incidente diz respeito a eventual desistência do autor do processo que for escolhido como paradigma. Esse é um dos poucos aspectos em que o projeto parece manter certa coerência. Segundo preceitua o §3º do art. 930, em caso de abandono ou desistência, ficará a cargo do ministério público assumir a titularidade do processo. Esse aspecto é interessante, pois fica garantido a parte o exercício pleno de uma de suas prerrogativas processuais. Menciona-se essa questão, pois, por muito menos, o Superior Tribunal de justiça já negou a possibilidade de desistência de recurso com base na preservação de interesse público [\[5\]](#).

Talvez o atual ímpeto para se buscar soluções quantitativas ao problema das demandas de massa possa gerar um cenário temerário. O tiro pode sair pela culatra. O cenário de hoje que presencia juízos subjetivos, discricionariedades, e parâmetros subsuntivos, leva, invariavelmente, a um cenário de grande insegurança jurídica, já que o jurisdicionado estaria diante de uma justiça instável, cujas decisões podem ensejar em soluções diametralmente opostas para casos iguais (por meio de discricionariedades) ou decisões iguais para situações absolutamente diferentes (em decorrência da concepção dedutiva). Na primeira situação, o que se pode observar é o recrudescimento de decisões que buscam amparo no desenvolvimento argumentativo baseado nos valores do julgador. Nesse contexto, o julgador recorre primeiro a sua convicção para depois buscar na lei o dispositivo que se enquadraria no seu valor [\[6\]](#). No segundo caso, a conduta que se apresenta é aquela em que o julgador faz um recorte inadvertido de ementas genéricas de casos anteriores para solucionar o processo sob seu crivo, sem qualquer fundamentação (motivação) mais apurada. Nessa circunstância a ementa é tida como um enunciado descolado da realidade que o gerou, induzindo o julgador posterior a seguir o mesmo caminho sem, contudo, problematizar o seu caso [\[7\]](#).



A grande questão é que um problema enseja em outro, criando-se, com isso, um complexo ciclo vicioso. O subjetivismo utilizado em diversos julgamentos, aliado ao problema estrutural relativo a falta de fundamentação das decisões judiciais, gera um campo de temeridades, sobretudo, ao resguardo do princípio da isonomia^[8]. Assim, o jurisdicionado passa a enxergar a justiça mais como uma “loteria”. O incidente do projeto do novo código de processo civil tem como um dos objetivos, justamente, evitar a proliferação das condutas que se encaixam no jargão *cada cabeça uma sentença* (*quot capita, tot sententiae*). Só que o faz de modo a criar um problema tão grave quanto: dissemina os efeitos vinculantes, gerando uma verdadeira estagnação hermenêutica.

Com o recrudescimento dos efeitos vinculantes, e o incidente reflete bem isso, as decisões passam a ser iguais, seguindo um modelo de movimento cascata, porém, o exercício complexo de decidir, que já não é, muitas vezes, levado a cabo pela falta de fundamentação e (ou) pela alta carga de subjetividade, passar a ser completamente minado pela força da vinculação. Elimina-se, dessa forma, a capacidade dos juízes de buscarem os reais fundamentos constitucionais de validade que deveriam permear o exercício jurisdicional, acarretando uma imobilidade do ato de decidir. Seguindo por essa linha, lembra Lênio Streck que *se quisermos deixar que o texto (...) nos diga algo, sua correção deverá ser aferida a partir da Constituição, e assim é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra) será a resposta adequada à Constituição*^[9].

A busca pelo sentido da decisão passa pela própria experiência, não podendo decorrer, apenas, da transposição direta de um texto (enunciado genérico) à um caso concreto. Georges Abboud lembra que *diante de um acesso hermenêutico, a interpretação deixa de ser um conhecimento meramente conceitual e passa a ser experiência*^[10]. Se esse não for o caminho, parte-se do pressuposto, então, que o caso a ser analisado já nasça com uma solução pronta mesmo antes da sua própria problematização por parte do julgador, deixando de ser uma produção para ser uma reprodução^[11].

É de se destacar, nesse íterim, que o pleno acesso à justiça é um movimento inversamente proporcional ao recrudescimento dos efeitos vinculantes. Isso porque, o efeito vinculante parte do pressuposto que o simples fato de estar no processo, de simplesmente ser parte, já significaria uma preservação do acesso à justiça. Em outras palavras, ser parte e ter uma solução jurisdicional célere estaria ocupando patamares mais elevados do que a própria aplicação (hermenêutica) do direito. Em defesa do incidente, parte da doutrina afirma que *a uniformidade na interpretação da lei é medida de segurança na medida em que torna previsível o comportamento que o Estado espera seja adotado pelo cidadão no que toca a um dado tema jurídico (previsibilidade das expectativas estatais)* ^[12]. Não se pode negar, de fato, que a segurança jurídica seja fundamental para um exercício harmonioso da jurisdição. Mas o incidente, na verdade, potencializa esse problema, uma vez que sob o argumento da uniformização da jurisprudência e da celeridade, ele engessa o sistema e cria grave insegurança ao jurisdicionado que, nesses casos, perde a garantia de que o seu pleito será analisado adequadamente pelo Estado.



[1] O incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com a redação final do projeto aprovada no dia 25 de março de 2014, encontra-se disposto no artigo 930 e seguintes do Anteprojeto 8.046/10 (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>) Acesso em 30.05.14

[2] *A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem aproveitados da legislação anterior, bem como firme na crença de que a tarefa não se realiza através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros de outrora, empenhou-se na criação de um novo código erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Esse desígnio restou perseguido, resultando do mesmo a instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagradora do princípio da isonomia constitucional.* <http://www.oab.org.br/pdf/Cartilha1afase.pdf> – Acesso em 30/05/14

[3] No que diz respeito a questão jurídica, vale reforçar que nem mesmo essa dissociação entre fato e direito trazida pelo incidente deixa de estar imune a críticas. Nesse sentido, afirma Lênio Streck que o direito é parte integrante do próprio caso *e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa*. Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., Saraiva, 2011. P. 278.

[4] Nesse aspecto, aliás, a configuração do próprio sistema desestimula qualquer movimento que tente descaracterizar o caso concreto com o fim de não observar a tese do incidente. Nesse sentido, a estrutura do mecanismo incentiva os juízes dos outros processos a aplicarem a tese sem grandes rodeios.

[5] No Resp. 1063343/RS, a corte superior negou a possibilidade de desistência do recurso escolhido como paradigma para fins de aplicação do art. 543-C do Código de Processo Civil, baseando-se a decisão no interesse público. Em princípio, a regulação do incidente parece preservar expressamente (o que nem precisaria) o direito de desistir da parte interessada.

[6] É possível notar em diversas decisões construções do tipo: *a norma legal propicia ao juiz (...) meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz* (TJSP: AI 7256094200/SP); *ao juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, diante de sua consciência, para proferir decisão...* (TJMG: AC 1671932/MG). Streck, Lenio Luiz. *O que é isto – decido confirme a minha consciência?*. 3. Ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2012. P. 27.

[7] Na Ap. 70012342515 (TJRS) a juíza de primeira instância aplicou o princípio da insignificância, rejeitando denúncia relativa a furto qualificado. O Ministério Público exarou parecer alegando que a decisão seria nula por falta de fundamentação, justamente por fazer menção superficial a ementa de



outro caso. Ver Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., Saraiva, 2011. P. 279.

[8] Vide nota de rodapé n.2, em que se demonstra a inspiração da comissão de juristas.

[9] Streck, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., Saraiva, 2011. P. 350.

[10] Abboud, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.60.

[11] Idem. P.68.

[12] Barbosa, Carla Andrea e Cantoriano, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Coordenação Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 447.

Date Created

19/07/2014